

# GR\_GERICHTE ZK2 2013 42 vom 24. September 2013

GR Gerichte, 2013-09-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2013\\_42](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2013_42)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2013 42 du 24 septembre 2013

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2013 42 del 24 settembre 2013

## Regeste

Forderung aus Kaufvertrag | Beschwerde Prozessrecht (319 ZPO, ohne die Endentscheide)

## Erwägungen

### E. 2

Es sei die Beweisverfügung vom 11. Juli 2013 derart zu ändern als dass die Ziffer II.7 ersatzlos gestrichen wird;

### E. 3

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers.“ G. In der Folge verzichtete der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 13. September 2013 auf einen weiteren Schriftenwechsel. H. Auf die angefochtene Beweisverfügung, den Inhalt der Stellungnahmen vom 24. Juli 2013 und 23. August 2013 sowie auf die Begründungen in der Beschwerde und in der Beschwerdeantwort wird, soweit notwendig, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1.a. Mit Beschwerde anfechtbar sind zunächst die nicht berufungsfähigen erstinstanzlichen Endentscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 319 lit. a ZPO). Gegen andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen ist die Beschwerde zulässig in den vom Gesetz bestimmten Fällen (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) sowie wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO gilt für das Einreichen der Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO eine zehntägige Frist. Die vorliegend angefochtene Beweisverfügung des Bezirksgerichts Maloja - welche eine prozessleitende Verfügung darstellt - wurde den Parteien am 15. Juli 2013 mitgeteilt. Mit Eingabe vom 23. August 2013 wurde die Beschwerdefrist unter Berücksichtigung der Gerichtsferien gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO in Verbindung mit Art. 146 Abs. 1 ZPO offensichtlich gewahrt.

Seite 4 — 9 b. Eine Beschwerde gegen Beweisverfügungen ist in der Zivilprozessordnung nicht explizit vorgesehen. Sie ist daher nur zulässig, wenn dem Beschwerdeführer ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Ob im vorliegenden Fall ein solcher vorliegt, ist von Amtes wegen zu prüfen, da es sich um eine Rechtsmittelvoraussetzung handelt. Fehlt es an dieser Voraussetzung ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten. 2.a. Eine Beweisverfügung ist grundsätzlich erst mit dem Endentscheid anfechtbar (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221, 7377). Eine solche Vorgehensweise drängt sich aus den Überlegungen auf, dass einerseits das erstinstanzliche Haupt- und Beweisverfahren nicht unnötig verlängert werden soll und andererseits vermieden werden soll, dass sich die Rechtsmittelinstantz mit dem gleichen Fall mehrmalig zu beschäftigen hat. Vielmehr soll die Rechtsmittelinstantz einen ihr vorgelegten Fall grundsätzlich einmalig und unter gesamthafter Berücksichtigung der Rügen beurteilen (BGE 134 III 188 E. 2.2 S.

191). Die Beschwerde ist nur dann - abweichend von diesem Grundsatz - zulässig, wenn der betroffenen Partei durch die Verfügung ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht. Beim drohenden, nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 13 zu Art. 319). Einerseits hat als nicht leicht wiedergutmachender Nachteil ein solcher zu gelten, der auch durch einen für die Beschwerdeführerin günstigen Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann (BGE 137 III 380 E. 1.2.1 S. 382). Nach überwiegender Lehrmeinung sollen neben rechtlichen auch rein tatsächliche Nachteile von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO erfasst werden, sofern sie ebenfalls nicht leicht wiedergutmachen sind, die Lage der betroffenen Partei also durch sie erheblich erschwert wird (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 15 zu Art. 319 ZPO; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2011, N 39 zu Art. 319 ZPO; a.M. Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 7 zu Art. 319 ZPO). Das Kantonsgericht von Graubünden lässt - wie auch andere kantonale zweitinstanzliche Gerichte - das Drohen tatsächlicher Nachteile genügen (beispielsweise Verfügung des Kantonsgerichts von Graubünden vom 20. Juni 2012, ZK2 11 63, E 1.e; Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 15. November 2011, Verfahren Nr. 410 11 279, E. 1; Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom

Seite 5 — 9 11. Oktober 2011, Geschäfts-Nr. PF110056-O/U). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung reichen rein tatsächliche Nachteile wie die Verfahrensverlängerung oder -verteuerung nicht aus (BGE 137 III 380 E. 1.2.1 S. 382). b. Das Beschwerdeverfahren ist vom Rügeprinzip beherrscht. Dieses gilt auch für die Eintretensvoraussetzungen (vgl. Verfügung des Kantonsgerichts von Graubünden vom 13. März 2013, ZK2 13 8, E. 1.b). Ist eine prozessleitende Verfügung nur unter der Voraussetzung von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO anfechtbar, muss in der Beschwerdeschrift substantiiert dargelegt werden, inwiefern der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (vgl. Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 2. Februar 2012, ZK 12 26, E. 5 m.H). Dies bedingt einerseits die konkrete Umschreibung des mit der Verfügung verbundenen, erheblichen Nachteils. Andererseits sind Ausführungen zur Frage notwendig, inwiefern und warum sich dieser Nachteil später nicht mehr leicht wiedergutmachen lässt. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, von Amtes wegen darüber Nachforschungen anzustellen (vgl. beispielsweise BGer vom 30. März 2011, 1C\_135/2011 E 5.2). 3.a. Der Beschwerdeführer machte bereits in seiner Eingabe vom 24. Juli 2013 zuhanden des Bezirksgerichts Maloja geltend, dass die Beweisverfügung im angefochtenen Punkt zu ändern sei, da das Nichtkennen einer Tatsache nicht bewiesen werden könne, weshalb dies zu einer Umkehr der Beweislast führen würde. In seiner Beschwerdeschrift vom 23. August 2013 führt er weiter aus, dass er in seiner Klageantwort in der Hauptsache vom 24. August 2013 dargelegt habe, dass die Nachbesserungsrechte mangels Kenntnis des Beschwerdeführers der einzelnen Unternehmer, Handwerker und Lieferanten und deren Leistung nicht hätten abgetreten werden können. Die Tatsachenbehauptung, wonach die Beschwerdegegnerinnen dem Beschwerdeführer die einzelnen Unternehmer, Handwerker und Lieferanten und deren Leistungen nicht genannt hätten, sei von den Beschwerdegegnerinnen in ihrer Replik unbestritten geblieben, weswegen sie dies mangels Bestreitung

anerkannt hätten. Dennoch habe das Bezirksgericht Maloja die angefochtene Beweisverfügung erlassen, obschon über unbestrittene Tatsachen nicht Beweis zu führen sei. Damit sei das Recht gemäss Art. 150 Abs. 1 ZPO falsch angewandt worden. Bezüglich des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils bemerkt der Beschwerdeführer, die angefochtene Beweisverfügung enthalte eine falsche Beweislastverteilung, da dem Beschwerdeführer die Beweislast für eine von den Beschwerdegegnerinnen anerkannte Tatsache auferlegt worden sei. Damit stünde fest, dass dem Beschwerdeführer ein Nachteil drohe, da er mit der An-

Seite 6 — 9 fechtung der Beweisverfügung aufgrund der fehlerhaften Beweislastverteilung nicht zuwarten könne. Andernfalls müsse er am Hauptverfahren - entgegen der ratio legis von Art. 150 Abs. 1 ZPO - den Beweis über eine anerkannte Tatsache erbringen. Unabhängig hiervon könne dem Beschwerdeführer der Beweis über eine negative Tatsache nicht gelingen. Wenn überhaupt, hätten die Beschwerdegegnerinnen den positiven Beweis zu führen, dass sie die Liste mit den Unternehmern, Handwerkern und Lieferanten und deren Leistungen dem Beschwerdeführer ausgehändigt hätten. In der Eingabe der Beschwerdegegnerinnen zuhanden des Bezirksgerichts Maloja gaben diese bekannt, dem Gericht würden weitere Anordnungen in dieser Sache überlassen. In ihrer Beschwerdeantwort legten die Beschwerdegegnerinnen dar, der Grundsatz „negativa non sunt probanda“ dürfe in dieser unumstösslichen Form nicht verstanden werden. Es treffe nicht immer zu, dass ein negativer Beweis unmöglich erbracht werden könne, und zudem treffe beide Parteien nach Art. 160 ff. ZPO eine Mitwirkungspflicht bei der Beweiserhebung. Des Weiteren sei die Beschwerde verfrüht eingereicht worden, da eine Verfügung des Bezirksgerichts Maloja - welches im Sinne von Art. 154 Abs. 1 ZPO eine Beweisverfügung jederzeit abändern und ergänzen könne - noch ausstehe. Im Übrigen sei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil weder gegeben noch nachgewiesen worden und gemäss Rechtsprechung würden Beweisbeschlüsse keinen solchen Nachteil bewirken, weil diese jederzeit abgeändert werden könnten. b. Die Ausführungen des Beschwerdeführers sind nicht geeignet, das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO zu begründen. Die Rügen des Beschwerdeführers zielen im Wesentlichen darauf ab, die Unzulässigkeit der Beweisverfügung im angefochtenen Punkt aufzuzeigen, wobei nicht substantiiert und rechtsgenügend dargelegt wird, inwiefern diese einen irreversiblen Nachteil zur Folge hätte. Er führt lediglich aus, dass es nicht angehen könne, über eine von der Gegenpartei anerkannte Tatsache Beweis führen zu müssen. Zudem könne ihm der Beweis der Nichtkenntnis nicht gelingen. Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil wäre jedoch angesichts des geschilderten Ausnahmecharakters der Zulässigkeit der Beschwerde gegen Beweisverfügungen zumindest konkret zu behaupten. Jedenfalls vermag der Hinweis auf die allfällige Unzulässigkeit der Beweisverfügung im angefochtenen Punkt und die allgemeine Mutmassung eines irreversiblen Nachteils nicht zu genügen. Die gegenteilige Ansicht würde dem Ausnahmecharakter der Beschwerde gegen Beweisverfügungen zuwiderlaufen. Im Sinne einer Eventualbegründung

Seite 7 — 9 sei in der Folge dennoch kurz auf einen etwaigen, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im vorliegenden Fall einzugehen. c. In der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (S. 7377) wird die falsche Verteilung der Beweislast als Beispiel für eine falsche Rechtsanwendung im Sinne von Art. 320 lit. a ZPO genannt. Damit ist jedoch noch nichts über den vom Gesetz geforderten nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil

gesagt bzw. nichts über die Beschwerdefähigkeit der Beweisverfügung im konkreten Fall. Gemäss Art. 154 ZPO können Beweisverfügungen jederzeit abgeändert oder ergänzt werden. Die Vorinstanz kann dementsprechend die angefochtene Beweislastverteilung in Ziff. II., Punkt 7 ihrer Beweisverfügung nachträglich ändern. Ein entsprechendes Gesuch hat der Beschwerdeführer bekanntlich eingereicht, wobei das vorinstanzliche Verdikt noch aussteht. Insofern steht noch nicht fest, ob der umstrittene Beweis tatsächlich zu erbringen ist, ob der Beschwerdeführer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat und aufgrund dessen im Prozess unterliegt. Hält die Vorinstanz an der Beweislastverteilung nach Ziff. II., Punkt 7 fest, so kann der Beschwerdeführer das noch zu erlassende Urteil in der Sache betreffend „Forderung aus Kaufvertrag“ mit Berufung anfechten. Mit der Berufung können dannzumal die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (Art. 310 ZPO). Der Beschwerdeführer kann folglich die falsche Anwendung von Art. 150 Abs. 1 ZPO oder einen etwaigen Verstoß gegen die Beweislastregel nach Art. 8 ZGB beanstanden. Insofern droht durch die Beweisverfügung, Ziff. II., Punkt 7 kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im geforderten Sinne.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer hat nach dem Gesagten das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht hinreichend begründet, weshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann. Zudem wäre ein solcher Nachteil im gegebenen Fall zu verneinen. Aufgrund der offensichtlichen Unzulässigkeit des eingereichten Rechtsmittels entscheidet der Vorsitzende der II. Zivilkammer gestützt auf Art. 18 Abs. 3 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG; 173.000) in einzelrichterlicher Kompetenz.

#### **E. 5**

Kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden, so gehen die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO) und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO), nach Massgabe von Art. 106 Abs. 1 ZPO zu Lasten des Beschwerdeführers. In Anwendung von Art. 10 Abs. 1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilsachen (VGZ; BR 320.210) werden

Seite 8 — 9 die Gerichtskosten auf CHF 2'000.00 festgesetzt. Die Parteientschädigung wird unter Anwendung von Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (HV; BR 310.325) auf CHF 500.00 einschliesslich Mehrwertsteuer festgesetzt.

Seite 9 — 9 III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.